

# Cizí právo v dovolacím řízení

Luboš Tichý\*

**Abstrakt:** Článek se zabývá problémem přezkumu používání cizího práva v dovolacím řízení před nejvyšší soudní instancí. Srovnává praxi v Německu, Rakousku, Švýcarsku a počátky praktických zkušeností v tomto ohledu v České republice. Srovnáním tří výše uvedených cizích právních řádů zjišťuje, že v Rakousku a Švýcarsku je otázka používání cizího práva předmětem dovolání, zatímco německý nejvyšší soud přezkoumává dovoláním pouze určování cizí právní normy, zatímco se formálně zdržuje přezkumu ohledně výkladu a aplikace takto nalezeného předpisu, neboť údajně nehodlá dublovat rozhodování nejvyššího soudu v daném cizím státě. Tato praxe je nesprávná a nemůže být vzorem pro český Nejvyšší soud. Odpírá totiž občanům jeden důležitý druh přezkumného řízení a jedná proti zásadě rovnocennosti právních řádů, jestliže rozlišuje mezi domácím právem, které bez výjimky je podrobeno dovolacímu řízení, zatímco aplikace cizího práva je z tohoto řízení vyloučena. Dospívá proto k logickému závěru, že používání cizího práva by mělo podléhat stejnému režimu jako v případě revize používání práva tuzemského. Zjišťování práva a jeho aplikace jsou dvě fáze jednoho myšlenkového procesu, a proto je v praxi nelze oddělovat.

**Klíčová slova:** cizí právo, právní a skutková otázka, nejvyšší soudní instance, civilní řízení, důkazní břemeno, nalézání a aplikace cizího práva, rovnost právních řádů, srovnání, český, německý, rakouský a švýcarský přístup

## Předmět a cíl

Mezinárodní právo soukromé a mezinárodní právo procesní byly u nás po desetiletí pouze teoretickými obory práva. V souvislosti s otevřením hranic, zásadními politicko-spoločenskými přeměnami a poté v důsledku vzniku členství České republiky v EU se české soudy začínají ve sporech obsahujících cizí prvek postupně zabývat nejen čistě technickými nebo procesně-formálními otázkami. I když se podle informací autora zatím Nejvyšší soud přímo nezabýval otázkami aplikace cizího práva, není jistě příliš vzdálena doba, kdy dovolací instance bude posuzovat přípustnost dovolání pro závažné vady v důsledku porušení cizího právního řádu. O tom možná svědčí i rozhodnutí Nejvyššího soudu z poslední doby, v nichž Nejvyšší soud sice připustil dovolání, avšak zatím nikoliv pro závažnou otázku spočívající v porušení práva.<sup>1</sup> Problematikou aplikace cizího práva se z hlediska přípustnosti dovolání zabývá tento příspěvek.

Na rozdíl od situace v České republice je otázka kontroly používání cizího práva nejvyšší soudní instancí v dovolacím řízení zejména v německé civilněprocesualistické nauce v podstatě evergreenem. V určitých opakujících se „vlnách“ se kromě ojedinělých příspěvků setkáváme především s kritikou posuzování tohoto problému německým Spolkovým soudním dvorem. Lze tedy vyslovit přesvědčení, že ani v současné době neztratila problematika kontroly aplikace cizího práva v dovolacím řízení na významu a aktuálnosti.

Podnětem k tomuto krátkému příspěvku je ovšem nejen bohatá akademická literatura a judikatura v Německu, nýbrž i řešení a posuzování dané problematiky ve srovnatelných právních řádech germánského právněkulturního okruhu, jež se při podobnosti, nebo dokonce shodnosti některých východiskových předpokladů přesto v určitých směrech

\* Prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

<sup>1</sup> Viz rozsudek 21 Cdo 4674/2014 nebo usnesení 33 Cdo 4334/2014.

odlišují. Německý model, zejména v rozhodovací praxi Spolkového soudního dvora (BGH), je v Rakousku následován jen do určité míry. V důsledku specifického vývoje právní úpravy představuje švýcarské právo relativně samostatnou koncepci. Pro české právo jde však stále o vstup na neznámou půdu. Na tomto pozadí budeme posuzovat pozici českého práva ve věci přezkumu použití cizího práva v dovolacím řízení.

Problematickou přezkumu používání cizího práva ve třetí instanci, tj. nejvyššími soudy, tematizujeme z hlediska některých základních právních předpokladů fungování soudního systému. Tradiční pohled perspektivou mnohdy jen civilního práva procesního se tak snažíme obohatit o aspekty ústavněprávní a zejména o perspektivu mezinárodního práva soukromého a mezinárodního práva procesního. Usilujeme tak o komplexnější posouzení způsobu a zejména míry přezkoumávání aplikace cizího právního řádu vůbec a českým Nejvyšším soudem zvláště.

Ve stručném výkladu postupujeme tak, že nejprve vymezujeme jak teoretická, tak „praktická“ východiska, tedy důvod a smysl používání cizího práva v situaci přezkumu aplikace cizího právního řádu v jednotlivých čtyřech jurisdikcích – německé, rakouské, švýcarské a české (1). Ve druhé části (2) formulujeme dva ústavněprávní a unijněprávní požadavky pro používání cizího práva a na jejich základě pak zkoumáme kontrolu nakládání s cizím právním řádem. Poté se zabýváme „technikou“ používání cizího práva na základě *lex fori* a ověřujeme nutnost oddělování procesu, zjišťování a vlastní aplikace cizího právního řádu, jak je traktováno zejména v německém právu (3). Relevantní je pak zjišťovat režim revize cizího práva z hlediska předpokladů pro dovolání u jednotlivých nejvyšších soudů (4). Konečně shrneme poznatky, k nimž jsme dospěli.

## 1. Východisko

### 1.1 Smysl a cíl rozhodování podle cizího práva

Všem čtyřem srovnávaným právním řádům je společný charakter kolizního práva, které je zpravidla právním základem použití cizího práva. Ve svém navázání obsahuje kolizní norma příkaz k jeho aplikaci. Kolizní normy tvořící základní náplň mezinárodního práva soukromého mají obligatorní povahu. Vynucují si svoje použití v případě existence cizího (zahraničního) prvku v relevantním právním vztahu, o němž soud rozhoduje. I když se zejména v německé nauce objevují názory<sup>2</sup> o tom, že tyto normy mají dispozitivní charakter umožňující soudu např. z pohodlnosti použít své „vlastní“ hmotné právo (*lex fori*), ačkoliv relevantní kolizní norma by příkazovala použití cizího právního řádu, je povinností soudce kolizní právo použít.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Např. FLESSNER, A. Fakultatives Kollisionsrecht. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1970, 34, s. 547–584.

<sup>3</sup> Pro Německo platí, že soudce musí sám německé kolizní právo nejen určit, tj. zjistit rozhodnou kolizní normu, nýbrž ji z úřední povinnosti použít (viz rozhodnutí Spolkového soudního dvora – BGHZ 177, 237, 239 a např. SCHACK, H. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. 7. vydání. München: C. H. Beck, 2017, marg. č. 699). To platí i pro Rakousko. Podle § 2 rakouského zákona o mezinárodním právu soukromém (IPRG, Spolkový zákon ze dne 15. 6. 1978, BGKBI 1978, č. 308, s. 1729) je soud povinen zjišťovat skutkové a právní předpoklady použití kolizní normy z úřední povinnosti (viz rozsudek Rakouského nejvyššího soudu – OGH 4 Ob 68/03 h). Pro zjišťování a používání rozhodného práva platí úřední povinnost (VERSCHRAEGEN, B. *Internationales Privatrecht*. Wien: Manz, 2012, marg. č. 1088). Tato zásada je však prolomena v případech volby práva stranami (viz § 2 druhá věta IPRG). Jak konstatují v případě Švýcarska Keller a Girsberger, i když to zákon výslovně nestanoví, vychází švýcarské mezinárodní právo soukromé z toho, že švýcarské kolizní normy mají obligatorní charakter a je třeba je používat z úřední povinnosti („aplikační příkaz“, viz k tomu KELLER, M. – GIRSBERGER, D. In: GIRSBERGER, D. et al. *Zürcher Kommentar zum IPRG*. 2. vydání.

Ve všech zkoumaných právních řádech platí, že soudce není povinen znát cizí právo, jeho povinností je však obsah tohoto práva zjistit a řádně ve smyslu postupu zahraničního soudce je aplikovat.<sup>4</sup> V tomto ohledu má soudce s určitými rozdíly v jednotlivých právních řádech v zásadě povinnost vyšetřovací, tj. zjistit a aplikovat relevantní cizí předpis z úřední povinnosti.

Cizí právo by tedy mělo být v tuzemsku používáno tak, jak je vykládají a aplikují soudy ve státě, kde toto právo platí. Jiný postup by totiž nerespektoval příkaz kolizní normy a vedl by tak nejen k nesprávnému zacházení se zahraničním právem, ale současně i k porušení tuzemského kolizního předpisu. Při aplikaci cizího právního řádu se použije všech jeho ustanovení,<sup>5</sup> kterých by se v daném státě pro rozhodnutí ve věci použilo, a to bez ohledu na jejich systematické zařazení.<sup>6</sup> Ve všech srovnávaných státech má ustanovení cizího právního řádu povahu právní normy, a znamená tedy právo, a nikoliv skutečnost.<sup>7</sup> K použití cizího práva dochází zhruba v pěti typových případech: a) při zjištění mezinárodní příslušnosti, jestliže například tato otázka závisí na určení místa plnění či státní příslušnosti, b) v případě zpětného a dalšího odkazu, jestliže použití *lex fori* závisí na řešení *renvoi* cizího mezinárodního práva soukromého, c) k zjištění správné aplikace relevantní kolizní normy *lex fori*, d) při zjišťování relevantního pramene cizího práva, e) při zjišťování správného výkladu a aplikace zjištěné zahraniční právní normy.

Předmětem naší analýzy je problematika označená shora písmeny d) a e), tedy otázka používání zahraničního práva, čímž – jak výše uvedeno – rozumíme nalézání relevantního právního pramene.<sup>8</sup>

Ve všech čtyřech právních řádech existuje trojstupňový soudní systém, přičemž třetí instancí je nejvyšší soudní instance, jež přezkoumává rozhodnutí odvolacího soudu za zvlášť vymezených předpokladů. Na revizi rozhodnutí nejvyšší soudní instancí tedy neexistuje právní nárok.

Ve všech čtyřech srovnávaných právních řádech existuje kodifikovaná úprava mezinárodního práva soukromého. Jak však ještě uvidíme (viz 1.2), základy naší problematiky jsou ve zkoumaných kodexech upraveny pouze ve Švýcarsku a v České republice, a otázku důvodů dovolání jako opravného prostředku k přezkumu použití cizího práva nejvyšší soudní instancí upravuje pouze švýcarské právo, a to speciálním zákonem.<sup>9</sup>

Problematikou cizího práva v dovolacím řízení v civilních věcech se v Německu a Rakousku zabývají především představitelé nauky civilního procesu. Jen výjimečně se mezi příspěvky procesualistů objeví i názor akademika nebo soudce, jenž tuto problematiku zkoumá též z hlediska mezinárodního práva soukromého či procesního. Obdobná situace

Zürich: Schulthess, 2004, Komentář k čl. 16 IPRG, marg. č. 10, a rozsudek Švýcarského Spolkového soudu BGE 118 II 83 an.). Kolizní normy mají obligatorní charakter i v českém právu (viz PAUKNEROVÁ, M. Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a v rozhodčím řízení. *Právník*. 2012, roč. 151, č. 12, s. 1265, 1277). Viz k tomu v širším kontextu ESPLUGUES, C. – IGLESIAS, J. L. – PALAO, G. (eds). *Application of Foreign Law, 2011, General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, s. 18, 19.

<sup>4</sup> Viz např. § 23 odst. 1, první věta zákona 91/2012 o mezinárodním právu soukromém, dále ZMPS/2012.

<sup>5</sup> Viz čl. 13 švýcarského IPRG (Spolkový zákon o mezinárodním právu soukromém ze dne 18. 12. 1987, BBl 1988 I.5).

<sup>6</sup> Např. důvodová zpráva k § 23 ZMPS/2012.

<sup>7</sup> Viz ESPLUGUES, C. – IGLESIAS, J. L. – PALAO, G. (eds). *Application of Foreign Law*. München: Sellier, 2011, *General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*, s. 3 an., s. 10 an. K této otázce viz SPICKHOFF, A. Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage? *Zeitschrift für Zivilprozess*. 1999, 112, s. 265 an.

<sup>8</sup> Viz též PRÜTTING, H. *Die Überprüfung des ausländischen Rechts in Revisionsinstanz*. FS Schütze. München: C. H. Beck, 2014, s. 449–455, 450, KEGEL, G. – SCHURIG, K. *Internationales Privatrecht*. 8. vydání. München: C. H. Beck, 2000, § 15 VI.

<sup>9</sup> Spolkovým zákonem o Spolkovém soudu (*das Bundesgericht*, používá se i český překlad „Federální soud“) BGG.

je i v Rakousku. Naproti tomu ve Švýcarsku se otázkou aplikace cizího právního řádu a jejího přezkoumávání zabývají především znalci mezinárodního práva soukromého. To odpovídá i situaci u nás, kde převládají příspěvky představitelů mezinárodního práva soukromého, ať to jsou Ledrer, Donner, Másilko, Steiner, Kalenský a v poslední době Kučera a Pauknerová.<sup>10</sup>

## 1.2 Právní situace v jednotlivých státech

### 1.2.1 Německo

Charakteristická je úprava v německém civilním procesním řádu (ZPO), který v Knize 2 (*Buch 2*) regulující úpravu řízení v první instanci upravuje otázku zjišťování cizího práva, tedy práva platného v jiném státě (základy tohoto zjišťování). Naproti tomu v úpravě řízení o dovolání (revizi) neobsahuje speciální ustanovení ve vztahu k přezkoumávání, zjišťování a použití cizího práva. Podstatné však je, že relevantní ustanovení § 545 ZPO omezovalo působnost nejvyšší soudní instance na přezkum porušení původně říšského práva (*Reichsrecht*), posléze federálního práva (*Bundesrecht*). Od roku 2009 však toto omezení neplatí.<sup>11</sup>

Relativně nesporná je praxe BGH při interpretaci § 293 ZPO, tedy při stanovení požadavků na zjišťování cizího práva. V případě existence cizího prvku musí soud z úřední povinnosti podle pravidel mezinárodního práva soukromého zkoumat, zda bude použito německé či cizí právo.<sup>12</sup> Ve svém odůvodnění je povinen uvést, že využil uvážení stran zvolit si i v těchto případech tuzemské právo.<sup>13</sup> Je povinen k tomu použít komentáře, učebnice a jiné publikace, využít spolupráce stran a provést důkaz znaleckým posudkem.<sup>14</sup>

I na aplikaci cizího práva jsou kladeny relativně vysoké požadavky. Soudce nesmí vycházet pouze z doslovného výkladu příslušného předpisu nebo jej vykládat podle vlastního chápání, nýbrž musí použít cizí právní řád, a přitom přihlídnout k nauce a judikatuře cizího státu.<sup>15</sup> Klíčovou úlohu má používání zahraniční judikatury.<sup>16</sup> To odpovídá požadavku, že i německý soudce musí vycházet ze zahraniční právní praxe.

Jiná situace však je v případě přezkoumávání aplikace cizího právního řádu v řízení o dovolání před BGH. Do reformy zákona ve věcech nesporného řízení (FGG) a ustanovení § 545 ZPO v roce 2009 bylo v judikatuře BGH nesporné, že cizí právo nelze v dovolacím řízení

<sup>10</sup> DONNER, B. Důkaz a použití cizího práva. *Studie z mezinárodního práva*. 1957, sv. 3, s. 107 an., LEDRER, E. Použití a důkaz cizího práva. *Právník*. 1945, s. 37 an., MÁŠILKO, V. Použití cizích předpisů v praxi čs. soudů a státní notářství. *Socialistická zákonnost*. 1973, s. 545 an., KALENSKÝ, P. Podstata a povaha aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva*. 1968, sv. 13, s. 41 an., PAUKNEROVÁ, M. Aktuální otázky používání zahraničního práva v soudním a rozhodčím řízení, s. 1265 an., PAUKNEROVÁ, M. Treatment of foreign law in a comparative perspective. *Revue Hellénique de droit international*. 2011, č. 1, s. 5 an., KUČERA, Z. et al. *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. 2015, s. 184 an.

<sup>11</sup> Zřejmě správně se však domnívá Eichel (EICHEL, F. *Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung von § 545 Abs. 1 ZPO. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2009, s. 389, 391), že zákonodárce při návrhu této formulace nepomyslel na to, že v důsledku toho by byl možný přezkum použití cizího práva. Vzdor tomu, že dosavadní judikatura BGH nebyla uspokojivá, nelze z přípravných prací usuzovat na úmysl zákonodárce změnou formulace § 545 ZPO (vypuštění jediného slova) dosáhnout právní základ možné kontroly použitím cizího práva v dovolacím řízení.

<sup>12</sup> Rozhodnutí Spolkového soudního dvora BGH 118, 151, 162.

<sup>13</sup> BGHZ 77, 32, 38.

<sup>14</sup> Viz např. HUBER, M. In: MUSIELAK, H.-J. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. München: Verlag Franz Vahlen, 8. vydání. 2011, komentář k § 293 ZPO, marg. č. 7.

<sup>15</sup> BGH NJW 2002, 1359.

<sup>16</sup> BGH RIW 1982, 199, 435.

přezkoumávat.<sup>17</sup> Spolkový soudní dvůr tak vycházel z výslovného znění § 545 odst. 1 ZPO (viz výše), stejně jako z ideje, že možnost profesionálně aplikovat cizí právní řád závisí na existenci vysokého stupně vědomostí soudu.<sup>18</sup> Jestliže by se připustila možnost přezkoumání aplikace cizího práva prostřednictvím BGH, vzniklo by riziko nejednotné aplikace cizího práva s ohledem na rozdíly v rozsahu zkoumání v závislosti na náhodné znalosti konkrétního senátu BGH nebo konkrétního soudce tohoto soudu.<sup>19</sup> To by pak nebylo v souladu s maximou tzv. transparentnosti opravných prostředků (*Rechtsmittelklarheit*) v dovolacím řízení.<sup>20</sup>

Poté, co bylo odstraněno slůvko omezující působnost BGH na přezkum německého spolkového práva (viz výše), zesílily hlasy nauky, které i předtím plédovaly pro přezkoumávání aplikace cizího práva nejvyšším soudem, neboť jediná formální překážka přestala existovat. Přesto se praxe BGH nezměnila. Používání cizího práva není ani nadále přezkoumatelné,<sup>21</sup> jak to potvrdil svým rozhodnutím z roku 2013 samotný BGH. Změna zákona totiž nebyla provedena za účelem možného přezkumu použití cizího práva, neboť v legislativních materiálech tomu nic nenasvědčuje.<sup>22</sup> Předmětem revize podle BGH tedy zůstává jen otázka zjišťování cizího práva, na kterou BGH klade vysoké požadavky. Lze tedy spolu s některými autory konstatovat,<sup>23</sup> že německá nejvyšší instance „obchází“ otázku přezkumu aplikace cizího práva prostřednictvím kontroly správnosti jeho zjišťování.

Proti strnulé praxi německého nejvyššího soudu lze argumentovat i tím (viz dále), že ve věcech rodinného a pracovního práva jsou jinými nejvyššími německými soudy otázky používání cizího právního řádu přezkoumávány.

## 1.2.2 Rakousko

Rakouský civilní procesní řád (ZPO) neobsahuje jedinou zmínku o cizím právu, tedy ani o jeho zjišťování, ani o jeho aplikaci. Z hlediska našeho výzkumu jsou relevantní dvě ustanovení týkající se dovolacího řízení, a to § 502 a § 503 ZPO. Jakkoliv je rakouská soudní praxe ovlivněna rozhodováním německého BGH, v otázce přezkumu použití cizího práva

<sup>17</sup> Např. BGH NJW-RR 1996, 732.

<sup>18</sup> PFEIFFER, Th. *Neue Juristische Wochenschrift*. 2002, s. 3306, 3308.

<sup>19</sup> *Ibidem*. To je ovšem velmi kuriózní argument. Je totiž obecně známo, že v čistě tuzemských věcech dochází mezi jednotlivými soudci, a dokonce senáty k rozdílným názorům na stejnou věc. Připustit však takovou praxi v širším měřítku by bylo v příkrém rozporu právě s jedním ze základních cílů nejvyšší soudní instance, tedy s jejím úkolem sjednocovat judikaturu. Viz k tomu dále 4.1.

<sup>20</sup> Proti připuštění přezkumu používání cizího práva je též namítáno, že nejvyšší soud by musel akceptovat z úřední povinnosti předpoklady pro revizi rozhodnutí dovolacího soudu, které jsou stanoveny cizím procesním právem, jež dovolací soud nemůže použít, neboť aplikuje pouze vlastní procesní právo (*lex fori*). Tento argument je nesprávný. Při přezkoumávání cizího práva jde o zajištění jednoty aplikace práva a dosahování individuální spravedlnosti při používání cizího hmotného práva. V tomto ohledu jsou procesní předpoklady přezkumu podle cizího právního řádu irelevantní. I tehdy, kdyby v cizím právním řádu neexistovala žádná možnost přezkoumání soudních rozhodnutí, je povinností domácí nejvyšší soudní instance uvedených cílů dosahovat ať již respektováním konstantní judikatury, nebo převládajícího mínění v науce, respektive základních právních zásad cizího právního řádu (viz k tomu BGHZ 27, 47, 50 an. a BALL, W. In: MUSIELAK, H. J. *Kommentar zur Zivilprozessordnung*. 8. vydání. München: Verlag Franz Vahlen, 2011).

<sup>21</sup> Viz JACOBS, M. – FRIELING, T. Revisibilität in den deutschen Verfassungsgesetzen. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 2014, 127, s. 137, 150 an.

<sup>22</sup> Srov. ALTHAMMER, Chr. Verfahren mit – Auslandsbezug nach dem neuen FamFG. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2009, Vol. 29, No. 5, s. 381, 389. Je zřejmá tendence německého BGH omezit nápad věcí. Nic nového pod sluncem. O tom svědčí novely o. s. ř. zužující důvod dovolání.

<sup>23</sup> Viz HAU, W. Ein Rückzugseffekt des BGH gegen die Revisibilität ausländischen Rechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2014, č. 5, s. 197 an.

se od německého modelu odlišuje. Vadná aplikace zahraničních právních norem je důvodem dovolání podle § 503, jestliže se týká právní otázky zásadního významu.<sup>24</sup> Naproti tomu právní otázkou zásadního významu (*Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung*) není podle převládajícího mínění taková aplikace cizího práva povolání kolizní normou, jestliže odvolací soud použil příslušnou hmotněprávní normu v souladu s konstantní judikaturou nejvyššího soudu dotčeného cizího státu, a při absenci takové judikatury v souladu s konstantní praxí jiných soudů, respektive při neexistenci takové praxe v souladu s převládajícím míněním v daném státě.<sup>25</sup> Chybí-li však i převládající mínění, je zapotřebí, aby rozhodnutí rakouského soudu bylo v souladu se zněním příslušné právní normy a se zásadami právního výkladu, respektive ve světle obecných právních zásad daného státu. Judikatura Nejvyššího soudního dvora (OGH) při používání cizího práva neznamena v žádném případě vedoucí úlohu při rozvoji judikatury ve státu původu používaného práva,<sup>26</sup> a tudíž nemá ani funkci zachování právní jednoty a právního rozvoje v tomto státě.<sup>27</sup>

Nesprávnosti při zjišťování cizího práva soudem, jehož je tato činnost povinností (*ex officio*), hodnotí OGH jako procesní vady.<sup>28</sup> Takovými vadami jsou například i nepřesný překlad zákonných ustanovení či rozhodnutí nebo nesprávná interpretace zahraničních akademických děl, neboť i tyto vady mohou vést k právní nejistotě.<sup>29</sup>

### 1.2.3 Švýcarsko

Justiční reforma z roku 2000 položila základ zásadní přeměny švýcarského justičního systému včetně nové úpravy přezkoumatelnosti používání cizího práva. V rámci této reformy byl vydán nový zákon o Federálním (spolkovém) soudu (BGG), jenž nahradil dosavadní úpravu obsaženou v zákoně o organizaci soudnictví z roku 1943. Dále změnil i švýcarský zákon o právu soukromém (IPRG). I dovolací řízení bylo tímto zákonem zjednodušeno (viz dále 4). Dnes platný zákon o Spolkovém soudu<sup>30</sup> obsahuje novou úpravu řízení o stížnostech proti rozhodnutím v civilních věcech (čl. 72 a násl.).

Předmětem tohoto zákona je i úprava podmínek přezkoumatelnosti používání cizího práva (čl. 96 a násl.).<sup>31</sup> Stížností lze napadnout: a) jestliže cizí právo nebylo použito, jak to předepisuje švýcarské mezinárodní právo soukromé; b) jestliže cizí právo rozhodné podle švýcarského mezinárodního práva soukromého nebylo správně použito, pokud se rozhodnutí netýká majetkové věci.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2005. Komentář k § 502 ZPO, marg. č. 48. Viz rozhodnutí Nejvyššího soudního dvora (OGH) 1 Ob 30/04 z, 1 Ob 155/0 a.

<sup>25</sup> ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2005, komentář k § 502 ZPO, marg. č. 48. Viz rozhodnutí Nejvyššího soudního dvora (OGH) 1 Ob 30/04 z, 1 Ob 155/00 a.

<sup>26</sup> Viz 1 Ob 62/02 b a 10 Ob 371/99 b.

<sup>27</sup> Viz 1 Ob 62/02 b 1 Ob 33/01.

<sup>28</sup> Tedy porušení právní normy a v důsledku toho nesprávné posouzení věci. 1 Ob 30/04, 1 Ob 203/03, 2 Ob 517/89 či 2 Ob 75/75.

<sup>29</sup> ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2015, komentář k § 502 ZPO, marg. č. 52.

<sup>30</sup> Bundesgesetz vom 17. 6. 2005 über das Bundesgericht (viz již v pozn. 10).

<sup>31</sup> Viz MÄCHLER-ERNE, M. – WOLF-METTIER, S. In: HONSELL, H. – SCHNYDER, A. K. – VOGT, N. P. – BERTI, S. V. *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*. 3. vydání. 2013, Anhang: Revisibilität der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts durch das Bundesgericht, marg. č. 21 an.

<sup>32</sup> Viz rozhodnutí švýcarského Spolkového soudu BGer 4a 498/2011, E.1.1, ale i rozhodnutí podle předchozí právní úpravy jako např. BGer 4c 302/2001, E.1c.

Podle čl. 96 písm. a) BGG může Spolkový soud (nejvyšší soud Švýcarska) přezkoumávat, zda neaplikací cizího práva byla porušena závazná pravidla mezinárodního práva soukromého (srov. čl. 13).<sup>33</sup> Tento přezkum, a to je velmi důležité, provádí Spolkový soud z úřední povinnosti, i když se předchozí instance aplikací cizího práva nezabývaly.

Podstatné omezení věcného rozsahu přezkumné činnosti Spolkového soudu spočívá ve vyloučení majetkových civilních věcí z přezkumu řádného použití cizího práva [čl. 96 písm. b) BGG]. V tomto ohledu se švýcarské právo reformou nezměnilo a pojem „nemajetkový civilní spor“ je třeba vykládat v souladu s dosavadní judikaturou. Avšak i v případě majetkových civilněprávních sporů, u nichž je dosaženo hodnoty sporu alespoň 30 000 švýcarských franků, lze napadnout rozhodnutí stížností podle čl. 95 písm. a) BGG, jestliže cizí právo bylo použito svévolným způsobem ve smyslu čl. 9 švýcarské ústavy.<sup>34</sup> Strany však mají možnost v těchto věcech subsidiárně použít ústavní stížnost podle čl. 116 BGG pro porušení ústavních práv. To je ovšem relativně neadekvátní náhražka chybějící právní ochrany.<sup>35</sup>

Práva na přezkum nejvyšším soudem však byla zkrácena, neboť důvod dovolání spočívající v tom, že zjišťování cizího práva je nemožné, nebyl do nové úpravy převzat.

#### 1.2.4 Česká republika

V českém právu došlo v nedávné době k určité výraznější změně. Zatímco zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním (zákon č. 97/1963 Sb., dále jako z. m. p. s./1963) upravoval pouze zjišťování cizího práva (viz § 53 odst. 1), nový zákon o mezinárodním právu soukromém z roku 2012 (zákon č. 91/2012 Sb., v účinnosti od 1. 1. 2014), upravuje nejen zjišťování, ale i používání cizího právního řádu.<sup>36</sup>

I za platnosti předchozí právní úpravy (z. m. p. s./1963) se chápala činnost soudu při zjišťování cizího práva jako úřední povinnost, kterou soud splní jakýmkoliv dostupným spolehlivým způsobem, například tak, že si znalost opatří sám a z pramenů, které jsou dostatečně spolehlivé, avšak mohl požadovat i součinnost stran řízení.<sup>37</sup> Srovnáme-li text

<sup>33</sup> Srov. Komentář k tomuto ustanovení od HEINI, A. In: GINSBERGER, D. et al. *Zürcher Kommentar zum IPRG*. 2. vydání. Zürich: Schulthess, s. 166 an.

<sup>34</sup> Srov. k tomu BGer 23. 2. 2009 5A a 437/26 z 23. 2. 2009 5A.

<sup>35</sup> Viz GINSBERGER, D. In: MÜLLER-CHEN, M. – WIDMERLÜCHINGER, C. (eds). *Zürcher Kommentar zum IPRG*. 3. vydání. Zürich: Schulthess, komentář k čl. 13, marg. č. 54.

<sup>36</sup> § 53 odst. 1 ZMPS/1963

(1) K zjištění cizího práva učiní justiční orgán všechna potřebná opatření; pokud mu obsah cizího práva není znám, může si za tím účelem vyžádat také informaci od ministerstva spravedlnosti.

§ 23 ZMPS/2012

Zjišťování a používání zahraničního práva

(1) Pokud z jiných ustanovení tohoto zákona nevyplývá něco jiného, je třeba zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, používat i bez návrhu a tak, jak se ho používá na území, na němž toto právo platí. Použije se těch jeho ustanovení, kterých by se na území, na němž toto právo platí, pro rozhodnutí ve věci použilo, bez ohledu na jejich systematické zařazení nebo jejich veřejnoprávní povahu, pokud nejsou v rozporu s nutně použitelnými předpisy českého práva.

(2) Pokud dále není stanoveno něco jiného, obsah zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, se zjišťuje bez návrhu z úřední povinnosti. Soud nebo orgán veřejné moci, který rozhoduje ve věcech upravených tímto zákonem, učiní k jeho zjištění všechna potřebná opatření.

(3) Jestliže soudu nebo orgánu veřejné moci, který rozhoduje ve věcech upravených tímto zákonem, není obsah zahraničního práva znám, může si k jeho zjištění vyžádat také vyjádření Ministerstva spravedlnosti.

(4) Má-li se použít právního řádu státu, který má více právních oblastí nebo různé úpravy pro určité skupiny osob, rozhodují o použití příslušných právních předpisů právní předpisy tohoto státu.

(5) Jestliže se nepodaří v přiměřené době zahraniční právo zjistit nebo je-li to nemožné, použije se české právo.

<sup>37</sup> KUČERA, Z. – TICHÝ, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. 1989, s. 282.

obou relevantních ustanovení, můžeme zjistit, že nový zákon v podstatě nepřinesl nic nového, a to s jedinou výjimkou. Stanoví totiž, že se použije české právo (*lex fori*), nepodaří-li se v přiměřené době cizí právo zjistit, nebo je-li to nemožné (§ 23 odst. 5). Jak řečeno, novinku přináší nové právo v tom, že stanoví zásady aplikace cizího práva. Z ustanovení § 23 odst. 1 věta první totiž plyne, že soud je povinen cizí právo použít jako právo, a nikoliv jako skutečnost. Je jeho povinností toto právo aplikovat, jestliže to vyplývá z příslušné kolizní normy českého práva, a dále je povinen je používat tak, jak se používá na území jeho původu (platnosti). Bude proto třeba přihlížet k judikatuře v daném státě, zejména k soudní praxi nejvyšších soudů.<sup>38</sup> Podstatné je zjištění, že zatímní praxe, tedy judikatura Nejvyššího soudu České republiky, je nepočtená. Omezuje se pouze na vady spočívající v nesprávném či neúplném zjištění cizího práva. Tyto vady totiž seznal Nejvyšší soud<sup>39</sup> jako důvody dovolání.

## 2. Ústavněprávní a unijněprávní požadavky

### 2.1 Předvídatelnost soudního rozhodnutí a právní jistota

Princip právního státu obsahuje formální element, kterým je určitý stupeň právní jistoty.<sup>40</sup> Základem je totiž spolehlivost fungování právního systému. Psané právo (*Gesetzesrecht*) a soudcovské právo (*Richterrecht*, judikatura) musí vykazovat určitou minimální úroveň stálosti. To ovšem nestačí. Vyžaduje se totiž i jednota v rozhodování (viz dále). Teprve tehdy je možné dosáhnout relevantní úrovně předvídatelnosti.<sup>41</sup> Právní systém musí tedy zaručovat, aby rozhodování soudů bylo v zásadě jednotné a stabilní.

Z tohoto hlediska je nutné, aby i ve věcech používání cizího právního řádu existovala stejná úprava a zejména stejná praxe výkonu justice, jako je tomu ve věcech aplikace tuzemského právního řádu.

Je v rozporu se zásadou právního státu, neboť je to proti očekávání stran, existuje-li nejednotnost rozhodování mezi jednotlivými soudy, anebo dokonce u jediného dovolacího soudu.

Nejvyšší soudní instance je totiž, pokud jde o používání cizího právního řádu, ve stejném postavení jako nižší soudy. Je proto žádoucí, aby za splnění podmínek mimořádného opravného prostředku dovolání svoji funkci vykonával stejně, jako je tomu v případech, kdy rozhoduje podle *lex fori*.

Za neopodstatněnou lze považovat námitku, že nejvyšší soudní instance při přezkoumávání používání cizího právního řádu bude „konkurovat“ nejvyššímu soudu státu původu cizího právního řádu, který je pověřen stejným úkolem v rámci své jurisdikce. Stejně jako nižší soudy je nejvyšší soudní instance povinna respektovat judikaturu státu původu cizího práva, zejména judikaturu tamního nejvyššího soudu, a to i když ji v daném případě ze svého subjektivního hlediska považuje za „nesprávnou“. Nejvyšší soudní instance je

<sup>38</sup> PAUKNEROVÁ, M. In: KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – RŮŽIČKA, K. (eds). *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 184–187, 186.

<sup>39</sup> Rozsudek ze dne 17. 8. 2015, 21 Cdo 4674/2014, rozsudek ze dne 17. 12. 2013, 23 Cdo 1308/2011 a usnesení ze dne 10. 12. 2015, 33 Cdo 4334/2014.

<sup>40</sup> RÜTHERS, B. *Rechtstheorie*. 2. vydání. 2005, s. 266.

<sup>41</sup> FULLER, L. *The Morality of Law*. 3. vydání. 1967, s. 68, v českém překladu J. Přibáně jako FULLER, L. *Morálka práva*. Praha: OIKOYMENH, 1998, s. 77, 78.



při aplikaci cizího práva v tuzemsku jen „prodlouženou rukou“ tamního nejvyššího soudu. Za určitou výjimku z tohoto postupu lze považovat posuzování rozhodnutí, respektive aplikace cizího práva ve věcech dosud tamním nejvyšším soudem neřešených. I v těchto případech musí domácí nejvyšší soud rozhodnout při respektování kontextu cizího práva a dotvářet tak cizí právní řád. Je však naprostou samozřejmostí, že jeho rozhodnutí by mělo být v tuzemsku korigováno, jakmile se octne v rozporu s pozdějším rozhodnutím tamního soudu.

Úkolem nejvyšší soudní instance je především dosahovat ideálu spočívajícího v souladu či souladnosti rozhodování. Tento formální ideál mezinárodního práva soukromého<sup>42</sup> v našem případě zahrnuje jak vnější soulad v rozhodování, tak i vnitřní soulad v rozhodování, který je označován jako materiální soulad. Jinak řečeno, měl by zajišťovat jednotu v rozhodování o cizím právním řádu tím, že respektuje rozhodovací praxi soudu státu původu cizího práva, a zároveň sjednocovat praxi tuzemských soudů při používání cizího právního řádu. Určitou nejistotu způsobuje takřikající dvojkolejnost při používání cizího práva a jeho přezkumu. Jak známo (viz např. celou řadu rozhodnutí a stanovisek nauky), BGH provádí při přezkumu zjišťování cizího práva i určité „odskoky“ do oblasti jeho používání,<sup>43</sup> když přezkoumává právě i aplikaci cizího právního řádu, kterou ale jinak zásadně odmítá provádět. Požadavek právního státu na měřitelnost a předvídatelnost jednání státních orgánů zde evidentně není v neprospěch občanů a procesních stran splněn.<sup>44</sup>

## 2.2 Rovnost při nakládání s právními řády

Otázku míry přezkoumatelnosti rozhodnutí při aplikaci cizího právního řádu je třeba posuzovat i na základě jedné ze zásad mezinárodního práva soukromého, a to zásady formální rovnosti mezi relevantními právními řády. Znamená to přiznat rovnocennost právních řádů, včetně rovnosti mezi právem tuzemským (*lex fori*) a cizozemským v tom smyslu, že je používán jeden režim posuzování správnosti jejich aplikace. Jde o teorii rovného postavení právních řádů.<sup>45</sup> Rovnost (rovnocennost) právních řádů v tomto smyslu má význam i pro procesní strany. Ty se nacházejí v nerovném postavení, jestliže jsou při aplikaci cizího právního řádu zbaveny jedné přezkumné soudní instance. Porušení této zásady ve vztahu k cizímu právnímu řádu a jeho aplikaci znamená též porušení zásady rovného zacházení.

Rovnocennost právních řádů má svoji právní oporu v Prohlášení o rovnosti při nakládání s právním řádem státu soudu a s cizím právním řádem.<sup>46</sup> Tento akt byl přijat Institutem mezinárodního práva (*Institut de Droit International*) v roce 1989 na jeho zasedání v Santiagu de Compostela. Z něho vyplývá i aktivní role soudu při přezkoumávání cizího práva ve smyslu zajištění souladu s praxí ve státu původu tohoto cizího právního řádu. Tento princip byl převzat i do zásady čl. 22 odst. 1 Principů transnacionálního civilního procesu (ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure).

<sup>42</sup> KROPHOLLER, J. *Internationales Privatrecht*. 4. vydání. 2001, s. 35.

<sup>43</sup> Srov. PFEIFFER, Th. *Neue juristische Wochenschrift*. 2002, s. 3306, 3307.

<sup>44</sup> LINKE, J. – HAU, W. *Internationales Zivilverfahrensrecht*. Köln: Otto Schmidt, 5. vydání. 2015, marg. č. 9.22, 9.23, marg. č. 9.22, HAU, W. Ein Rückzugsgefecht des BGH gegen die Revisibilität ausländischen Rechts. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 2014, s. 397, 399.

<sup>45</sup> Theorie der Gleichstellung, HESS, B. *Europäisches Zivilprozessrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, 6.182.

<sup>46</sup> Declaration on the „Equality“ of Treatment of the Law of the Forum and of Foreign Law, dostupné z: <<http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/1989>>.

Tento přístup lze dovést i z praxe SDEU, který zákaz diskriminace označuje jako princip ekvivalence nebo rovnocennosti.<sup>47</sup>

V rozporu se zásadou rovnosti je i nejednota při posuzování obdobných případů aplikace cizího právního řádu s ohledem na jednotlivé druhy soudnictví. Lze dovést, že této zásadě odporuje například situace v Německu, kde ve věcech pracovního práva Nejvyšší pracovní soud (*Bundesarbeitsgericht*) přezkoumává jako dovolací soud aplikaci cizího práva, zatímco BGH to tvrdošijně i po reformě z roku 2002 odmítá.<sup>48</sup>

### 3. Kolizní norma a používání cizího práva

Pro zjednodušení a přesvědčivost výkladu budeme předpokládat skutkový stav obsahující cizí prvek, aniž bychom se zabývali otázkou zpětného odkazu, kvalifikace a případně použití výhrady veřejného pořádku. Jde nám totiž o to vysvětlit, že postup při používání cizího práva se z hlediska metodologie neliší od obdobného postupu aplikace *lex fori*.

Používání nejen cizího, ale i tuzemského práva tak zahrnuje jak zjišťování relevantních právních norem, tak jejich interpretaci. Soudce tedy postupuje tak, že po analýze skutkového stavu vyhledá rozhodné právní normy, provede subsumpci, a tak dospěje k právnímu následku aplikace.

V právním řádu *lex fori* však soudce nalézá a používá pouze relevantní kolizní normu. Jeho další rešeršní postup se pak přesouvá do relevantního cizího právního řádu. Jeho činnost není čistě deskriptivní povahy,<sup>49</sup> nýbrž v této fázi by se podle okolností případu měl oprostít od předporozumění ovlivněného myšlením v režimu „vlastního“ právního systému a používat srovnávací metodu, tj. metodu dogmatiky relevantního právního řádu. Avšak obdobně jako při používání vlastního práva (*lex fori*) jde i zde v zásadě o hledání na základě systému daného práva podle jednotlivých relevantních kategorií (veřejné právo, soukromé právo, trestní právo, zvykové právo, ekvity apod.), a tedy o postup s ohledem na strukturu daného právního řádu (právo smluvní, právo deliktů) až ke konkrétní právní normě zákonného či soudcovského práva. Soudce musí zkoumat, zda zjištěný skutkový základ naplňuje relevantní skutkovou podstatu příslušné právní normy. Obdobně jako při řešení skutkového základu (právního případu) bez cizího prvku nejsou shora uvedené jednotlivé fáze používání práva samostatně oddělené etapy. Hranice mezi nimi jsou propustné, a tak se jednotlivé etapy do značné míry překrývají. I při používání cizího práva jde o putování soudcovského myšlení sem a tam („*Hin und Herwandern des Blicks*“), podle Karla Engische<sup>50</sup> tedy putování mezi skutkovým stavem a právními normami. I v případech obsahujících cizí prvek jde o obecně příznačný znak používání práva. Rozdíl snad spočívá v tom, že součástí tohoto postupu je nalezení a výklad kolizní normy *lex fori*; na ni se plně aplikuje domácí metodologie (metodologie právního systému *lex fori*), a teprve poté následuje aplikace a výklad hmotného práva cizího právního řádu. Jak známo, i v čistě tuzemských případech zahrnuje používání práva srovnávací metodu a posuzování

<sup>47</sup> C-279/96, C-280/96 a C-281/96 *Ansald Energia et al.*, Úřední věstník, 1998 I-5025, odst. 27, 29 a C-88/99 *Roquette Frères*, Úřední věstník, 2000 I-10465, odst. 21.

<sup>48</sup> Viz k tomu JACOBS, M. – FRIELING, T. Revisibilität in den deutschen Verfassungsgesetzen. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 2014, 127, s. 137–168, 165, 167, HÜBNER, R. *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, s. 375, 376.

<sup>49</sup> Viz JANSEN, N. – MICHAELS, R. Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts. *Zeitschrift für Zivilprozess*. 2003, 116, s. 3, 8.

<sup>50</sup> ENGISCH, K. *Studien zur Gesetzesanwendung*. 3. vydání. München 1963, s. 15.

životních vztahů měřítkem normativních kritérií.<sup>51</sup> Již při prvním kroku, tj. při nutné aplikaci kogentního ustanovení kolizní normy, může dojít k pochybení tím, že si soud buď neuvědomí cizí prvek, a proto kolizní normu neaplikuje, anebo – přestože považuje skutkový stav za přeshraniční – přehlédne nutnost použití pravidel mezinárodního práva soukromého. Pochybení může nastat i při použití kolizní normy či v případě nesprávného výkladu jejího rozsahu či navázání. V důsledku toho soud použije jiné hmotněprávní ustanovení než to, na něž se kolizněprávní norma odvolává a jehož aplikaci přikazuje. Obdobný je případ, kdy soud aplikuje sice správný právní řád, k němuž odkazuje příslušná kolizní norma, avšak použije jiné ustanovení než to, které má pod/na daný skutkový stav subsumovat. Stejně jako při používání tuzemského právního řádu může soud dojít k tomu, že nenajde relevantní předpis a snaží se aplikovat obdobný předpis domácího právního řádu, anebo – přestože takový předpis existuje – překlenout tuto mezeru v zákoně (v právu) vlastním výkladem.

Ze shora uvedeného je zřejmé, že obdobně jako v ryze tuzemských konstelacích je i postup při používání cizího práva jediným myšlenkovým procesem, v němž od sebe nelze striktně oddělovat postup při hledání, zjišťování či určování relevantních právních norem cizího právního řádu na straně jedné a jejich výklad a aplikaci na straně druhé.

Z tohoto hlediska je možné rozlišovat dvě zásadně rozdílné koncepce. Jako modelový příklad pro první z nich lze mezi srovnávanými právními řády uvést oddělení postupu zjišťování a aplikace cizího právního řádu podle německé koncepce. Jeho základem je právní úprava v německém soudním řádu (ZPO). Příznačné je, že v Německu to nejsou právní normy mezinárodního práva soukromého či mezinárodního práva procesního, jež upravují používání cizího právního řádu. Jediné pravidlo, jež se vůbec týká cizího právního řádu, je ustanovení v § 293 ZPO, které se konkrétně týká jeho zjišťování. Vlastní procedura přezkoumávání řádného používání práva a důvody dovolání (revize) jsou z hlediska původu právního řádu neutrální. V současné době se nerozlišuje ani v Německu mezi federálním právem a právem spolkových zemí (§ 545 a násl. ZPO). Podstatná na tomto modelu je okolnost, že pozitivní právo rozlišuje proceduru zjišťování a proces aplikace cizího právního řádu, a to nepochybně na rozdíl od nakládání s tuzemským právním řádem (*lex fori*). Výsledkem německé právní úpravy je, že lze alespoň na první pohled jasně rozlišovat dva kroky nebo dva nezávislé postupy: proceduru určování cizího práva, respektive zjišťování jeho pramenů na straně jedné a postup při výkladu a použití těchto právních pramenů na straně druhé.

Od německé koncepce se odlišují přístupy tří zbylých právních řádů Rakouska, Švýcarska a České republiky. Jim je společné to, že mezi zjišťováním a aplikací cizího práva nerozlišují, i když z hlediska legislativní techniky se jejich koncepce odlišuje.

Nejpropracovanější je úprava švýcarská. Ve švýcarském právu jsou výslovně upraveny podmínky (důvody) přezkumu používání cizího práva nejvyšší soudní instancí. Příznačné je, že až na jediný, nikoliv však jednoznačně formulovaný důvod dovolání švýcarské právo nerozlišuje mezi vadami při zjišťování cizího práva a při jeho aplikaci jako různými dovolacími důvody. Švýcarské právo je též charakteristické tím, že tuto problematiku upravuje především v mezinárodním právu soukromém (čl. 16 IPRG), a přezkum ve speciálním ustanovení zákona o Nejvyšším soudu.<sup>52</sup> České právo v § 23 z. m. p. s./2012 stanoví

<sup>51</sup> RÜTHERS, B. *Rechtstheorie*. 2. vydání. München: C. H. Beck, 2005, s. 429.

<sup>52</sup> Spolkový zákon ze 17. 6. 2005.

obecným způsobem zásady nalézání práva, a to jak ve formě zjišťování příslušných právních norem, tak jejich používání.

Do této skupiny právních řádů, které od sebe proceduru zjišťování a aplikace cizího práva neodlišují, lze zařadit i rakouský právní řád. I když jeho judikatura a nauka reflektují německou úpravu, nelze konstatovat rozlišování postupu zjišťování a aplikace cizího práva. K tomu především nejsou žádné pozitivněprávní důvody, neboť rakouské právo nestanoví ani tyto procedury, ani možnosti přezkoumání jejich porušení. Jinak řečeno, neobsahuje úpravu zjišťování a aplikace cizího práva v základním mezinárodním právu soukromém (IPRG) a občanský soudní řád (ZPO) obsahuje pouze neutrální otevřenou úpravu důvodů dovolání bez jakékoliv zmínky o cizím právu.

Můžeme tedy shrnout, že ve své podstatě se postup při používání cizího právního řádu neliší od obdobné procedury aplikace vlastního práva (*lex fori*). V obou případech je třeba vymezit relevantní právní normy a ty pak vykládat a aplikovat. V případě skutkového stavu s cizím prvkem jde jak o aplikaci tuzemského, vlastního právního řádu, když zjišťujeme a používáme jak kolizní právní normu, tak postup vyhledávání a aplikace hmotněprávních ustanovení cizího práva, k němuž kolizní norma odkazuje. Kolizněprávní krok se tak pojí s hmotněprávní fází a ústí do adekvátního hmotněprávního řešení otázek vyplývajících ze skutkového stavu obsahujícího cizí prvek. Jde o jeden myšlenkový proces a jednu procesněprávní proceduru. Je proto nesprávné souhlasit s přezkumem (revizí) aplikace kolizní normy jako součásti *lex fori* na straně jedné a odmítat kontrolu použití cizího práva na straně druhé.

## 4. Předpoklady revize nejvyšší soudní instancí a cizí právo

### 4.1 Hledisko jednoty právního řádu

Relevantní otázkou je, do jaké míry má mít vada při používání cizího právního řádu stejný režim jako pochybení při používání tuzemského práva, respektive do jaké míry má předpoklady se revize cizího práva od obecného režimu dovolání odlišovat, respektive podléhat zvláštnímu režimu. Rakouské právo nečiní v tomto směru žádné rozdíly. Podle německého práva sice nemá dovolání použití cizího práva v pozitivním právu žádný zvláštní režim, praxe BGH však na rozdíl od jiných nejvyšších německých soudů<sup>53</sup> v zásadě vylučuje z režimu revize civilněprávní věci s cizím prvkem. To je ovšem v rozporu s principem jednoty právního řádu. Švýcarsko omezuje v dovolacím řízení Nejvyšším spolkovým soudem majetkoprávní spory a ani ve Švýcarsku tedy neplatí zásada jednoty právního řádu beze zbytku.

Ve všech zkoumaných jurisdikcích má nejvyšší soudní instance ve své působnosti za úkol sjednocovat judikaturu. Kromě toho ovšem bere poslední instance v úvahu i hledisko individuální spravedlnosti. Z hlediska aplikace cizího práva má sjednocování judikatury specifický význam jak pro národní, tak pro mezinárodní rovnost v rozhodování.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Předmětem dovolání u jiných tří německých nejvyšších soudů jsou věci trestního práva, práva pracovního a práva rodinného. Trestní senáty Spolkového soudního dvora rozhodují tak o použití cizího práva v trestních věcech podle § 337 odst. 1 trestního řádu (StPO, stejně tak přezkoumává použití cizího práva Spolkový pracovní soud (BAG) podle § 73 odst. 1 ArbGG a obdobně se postupuje v rodinných věcech podle § 72 odst. 1 FamFG).

<sup>54</sup> Nationale und internationale Entscheidungsgleichheit, viz KROPHOLLER, J. *Internationales Privatrecht*, s. 108, dále PRÜTTING, H. *Die Überprüfung des ausländischen Rechts in Revisionsinstanz*. FS Schütze. München: C. H. Beck, 2014, s. 449, 453 a FRANK, R. *Kritische Überlegungen zur Revisibilität ausländischen Rechts nach der deutschen Zivilprozessordnung*. FS zum 150jährigen Jubiläum des Areios Pagos, sv. I, 2007, s. 69 an., 84.

Ohledně rovnoprávného režimu tuzemských a cizozemských věcí stran důvodu dovolání je významná praxe rakouského OGH, který posuzuje míru závažnosti právní otázky při použití cizího práva prizmatem právě dotčeného zahraničního právního řádu.<sup>55</sup>

#### 4.2 Nejvyšší národní soudní instance a adekvátnost přezkoumání cizího právního řádu

Jak jsme již shora upozornili, existuje celá řada námitek a argumentů proti tomu, aby dovolací instance přezkoumávala, a tedy i vykládala cizí právo. Jednou z námitek je nízká frekvence případů aplikace cizího práva. Tento argument neobstojí proto, že se může vztahovat k určitému období, ale nepředstavuje žádný absolutní, pádný důvod pro vyloučení či omezení přezkumné činnosti nejvyššího soudu. Naopak působí stejně jako v případech čistě tuzemského charakteru a jeho nesprávnost je zřejmá tam, kde se případů aplikace konkrétních ustanovení cizího právního řádu vyskytuje více v tuzemsku než v zemi jeho původu.

Přezkumná činnost nejvyššího soudu je oprávněná i v těch případech, kdy judikatura nejvyššího soudu práva původu neexistuje. To význam přezkumné činnosti odvolací instance nikterak neoslabuje. Jak již řečeno, v případě, že po rozhodnutí tuzemské nejvyšší instance dojde k aplikaci dotčeného právního ustanovení cizího práva nejvyšším soudem jeho původu a obě řešení se odlišují, je povinností tuzemských soudů včetně soudu nejvyššího přistě svoji praxi změnit.

Nejvyšší soud nepředstavuje žádnou konkurenci nejvyšší státní instanci státu práva původu.<sup>56</sup> Neobstojí důvody spočívající v tom, že tuzemský nejvyšší soud nemá ve srovnání s nejvyšší soudní instancí státu původu cizího práva srovnatelnou zkušenost a že by tedy v případě mylného rozhodnutí byla jeho pověst snížena.<sup>57</sup>

#### 4.3 Pochybení při používání cizího práva jako důvod dovolání podle o. s. ř.

Přikazuje-li relevantní kolizní norma českého mezinárodního práva soukromého aplikovat cizí hmotné právo, mohou nastat tři druhy případů pochybení při jeho použití (zjišťování a aplikace). Soud přehlédne nutnost použití kolizní normy (protože např. neposoudí daný právní vztah jako právní poměr s cizím prvkem), v důsledku neaplikace kolizní normy nepoužije ani cizí právní řád. V druhém případě soud pochybí při zjišťování rozhodné právní úpravy, tedy právního předpisu cizího práva, a v třetím případě sice soudce zjistí příslušnou právní normu cizího práva, avšak vadně ji interpretuje nebo aplikuje. Ve všech třech případech jde o porušení práva, a to jak kolizní normy *lex fori*, tak hmotněprávního ustanovení cizího právního řádu. Ve všech třech případech lze spatřovat dovolací důvod spočívající v nesprávném posouzení věci podle § 241a odst. 1 první věta o. s. ř.

Je zřejmé, že i na pochybení při aplikaci kolizní normy a z jejího příkazu použití cizího právního řádu lze vztáhnout definici nesprávného právního posouzení, podle níž je právní

<sup>55</sup> ZECHNER, A. In: FASCHING, H. W. – KONECNY, A. *Zivilprozessgesetze*. 2. vydání. Wien: Manz, 2005, komentář k § 502 ZPO, marg. č. 48.

<sup>56</sup> Viz ZAJTAY, I. Die Lehre vom Tatsachencharakter und die Revisibilität ausländischen Rechts. In: MÜLLER, G. (ed.). *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht*. Berlin – Tübingen: De Gruyter – Mohr Siebeck, 1968, s. 193 an., s. 202.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 204.

posouzení věci nesprávné, posoudil-li odvolací soud věc podle právní normy, která na zjištěný skutkový stav nedopadá, nebo právní normu sice správně určenou nesprávně vyložil, případně ji na daný skutkový stav nesprávně aplikoval (viz NS 29 Cdo 1373/2000).

Široká abstraktní skutková podstata dovolacího důvodu v § 241a odst. 1 o. s. ř. činí zbytečnou starost o formulaci porušení kolizní normy a cizího právního řádu jako specifického dovolacího důvodu.

## **Závěr**

- 1) Přezkoumání použití cizího práva by mělo podléhat stejnému obecnému režimu jako v případě revize používání tuzemského práva.
- 2) Zjišťování práva a jeho aplikace jsou fáze či kategorie jednoho myšlenkového procesu, proto je v praxi nelze oddělovat.
- 3) Nejvyšší soudní instance by měla za splnění důvodů dovolání přezkoumávat rozhodnutí nižších instancí bez ohledu na druh a povahu soukromoprávního vztahu a jeho zařazení do struktury soudu (justičního systému).
- 4) Pro takto navrhovaný postup mluví zásada rovnoprávnosti právních řádů a konečností i rovnosti občanů jako procesních stran; je vynucován zásadou právní jistoty a předvídatelnosti. Jejich porušení představuje rozpor s ústavním právem a právem Evropské unie.
- 5) To platí nejen jako obecný závěr, ale mělo by mít přímý význam pro český právní kontext, zejména pro budoucí rozhodování českého Nejvyššího soudu. Formulace dovolacího důvodu v ustanovení § 241a odst. 1 o. s. ř. je dostačujícím právním základem pro přezkum nesprávného použití cizího práva.

## Cassation Review of Foreign Law

Luboš Tichý

**Abstract:** The article investigates application of foreign law in a proceeding before the supreme judicial instances in four legal orders. It compares the regimes in Germany, Austria, Switzerland and the beginnings of the court practice in this field in the Czech Republic. It comes to the conclusion, that in Austria and Switzerland the application of foreign law underlies proceedings of review by the Supreme Court, whilst in Germany one distinguishes between ascertainment out of foreign law and application foreign law. The cases in the first category are reviewed by supreme courts, but the Supreme court of Germany is unwilling to do with regard to application of foreign law based on the argument that this would interfere with the exclusive competence of the foreign supreme judicial instance. This is not a model for the Czech Supreme court, since it outlaws one of the appeals and doesn't meet one principle of the private international law, namely the equality of the legal orders. The logical conclusion is that application of foreign law should be in the same regime of review as the local law. The ascertainment of the foreign law and its application are only two faces of one process and in the praxis this faces cannot be separated.

**Key words:** foreign law, question of fact, question of law, Supreme Court instance, civil proceedings, burden of proof, finding out and application of foreign law, equality of foreign laws, Czech, German, Austrian and Swiss attitude